

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

BRUNA HELEN DA CRUZ

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA FRENTE À
INSUFICIENCIA DE LEITOS EM UTI NEONATAIS

CRICIUMA
2017

BRUNA HELEN DA CRUZ

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA FRENTE À
INSUFICIENCIA DE LEITOS EM UTI NEONATAIS**

Monografia apresentada ao Setor de Graduação
da Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC, como requisito para a obtenção do
título de graduada em Direito.

Orientador: Profº. Drº. Gustavo Silveira Borges

**CRICIUMA
2017
BRUNA HELEN DA CRUZ**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA FRENTE À INSUFICIÊNCIA DE LEITOS EM UTI NEONATAIS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Curso de Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº. Drº. Gustavo Silveira Borges

Curso de Direito
UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE (UNESC)
Orientador

Profº. Doutorando Daniel Ribeiro Prêve

Curso de Direito
UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE (UNESC)
Membro examinador

Profº. Esp. Israel Rocha Mendes

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE (UNESC)
Membro examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que me acompanharam durante este caminho com todo amor e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus pais, que proporcionaram, durante estes quase cinco anos de universidade, as melhores condições possíveis para uma boa vida acadêmica. E não só por isso, mas por me incentivarem e me fazerem acreditar que, através do meu esforço, as portas que eu desejasse se abriam para mim

Agradecimentos aos meus demais familiares, pela preocupação e auxílio que prestaram a mim, não só durante o período acadêmico, mas em todos os momentos, e ainda, por todo apoio e crença que depositam em mim a cada desafio.

Agradeço também ao meu namorado, e aos meus amigos e amigas que estiveram comigo durante a universidade, tornando o útil também agradável, e motivando os meus estudos, me dando forças para seguir em frente.

Também, a todos os professores do curso de Direito da UNESC, os quais me auxiliaram em toda a minha caminhada acadêmica me proporcionando todo o ensinamento possível. Em especial, ao meu orientador Gustavo Silveira Borges, que fez despertar em mim um enorme interesse para o ramo da responsabilidade civil, e ainda, sem seu vasto saber jurídico e dedicação, não seria possível a conclusão desta monografia.

“Você nunca sabe que resultados virão da sua ação. Mas se você não fizer nada, não existirão resultados.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade civil por omissão no fornecimento dos serviços de saúde pelo Estado, mais especialmente da insuficiência de leitos hospitalares em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) neonatal. Ainda, busca abordar acerca do princípio da dignidade da pessoa humana bem como o direito fundamental à saúde. Esta monografia será dividida em três capítulos, os quais possuem objetivos específicos distintos entre si. O primeiro capítulo visa a salientar acerca da responsabilidade civil, com foco na sua contextualização histórica e seu tratamento conceitual. Abordará também acerca dos pressupostos necessários para a caracterização desta, o que dará direito à indenização/ reparação. Será apresentado também as espécies de responsabilidade civil, qual seja contratual ou extracontratual e objetiva ou subjetiva. O segundo capítulo, versará sobre a responsabilidade civil do Estado, iniciando pelos elementos de configuração desta. Após, tratará das causas excludentes da responsabilidade civil. E ainda, analisar-se-á as teorias aplicáveis à responsabilidade civil do Estado. Por fim, no terceiro capítulo, inicialmente tratará acerca da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva frente à insuficiência de leitos em UTI neonatal. Abordará também sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a proteção à vida e a saúde da criança. Após, será tratado acerca do direito fundamental à saúde e sobre Sistema Único de Saúde (SUS). E por fim, ainda neste capítulo, será analisada a UTI neonatal e a responsabilidade civil do Estado pela omissão no fornecimento desta. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo em pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico e documental legal. Desse modo, ao desenrolar deste trabalho, foi analisado a responsabilidade civil do Estado em face da não prestação de serviços de leitos em UTI neonatal. Devendo o Estado reparar os danos causados pela omissão, e ainda indenizar as vítimas pela má prestação de serviços.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do Estado. UTI Neonatal. Omissão do Estado. Prestação de serviços de saúde.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the omission in the provision of health services by the State, more especially the insufficiency of hospital beds in the Intensive Care Unit (ICU). It also seeks to address the principle of the dignity of the human person as well as the fundamental right to health. This monograph will be divided into three chapters, each of which has different specific objectives. The first chapter aims to emphasize on civil liability, focusing on its historical contextualization and its conceptual treatment. It will also address the necessary assumptions for the characterization of this, which will give right to compensation / reparation. It will also present the species of civil liability, which is contractual or extra contractual and objective or subjective. The second chapter will deal with the civil liability of the State, starting with the elements of its configuration. Afterwards, it will deal with the exclusionary causes of civil liability. Also, the theories applicable to civil liability of the State will be analyzed. Finally, in the third chapter, it will initially deal with the civil responsibility of the State for omissive behavior regarding the insufficiency of beds in neonatal ICU. It will also address the principle of the dignity of the human person and the right to protection of the life and health of the child. Afterwards, it will be treated about the fundamental right to health and about the Unified Health System (SUS). Finally, in this chapter, we will analyze the neonatal ICU and the civil liability of the State for its failure to provide it. The research method used was the deductive in theoretical research using bibliographical material and legal documentary. Thus, in the course of this work, the civil liability of the State was analyzed in the face of non-provision of bed services in neonatal ICU. The State should repair the damage caused by the omission, and should also compensate the victims for the poor provision of services.

Keywords: Civil liability. Civil liability of the State. Neonatal ICU. Omission of the State. Provision of health services.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

OMS – Organização Mundial de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E TRATAMENTO CONCEITUAL	15
2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.2.1 Ação e omissão	18
2.2.2 Dano	21
2.2.3 Nexo de causalidade	23
2.2.4 Culpa e dolo	25
2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	26
2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	27
2.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva	28
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	31
3.1 ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	33
3.1.1 Ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado	33
3.1.2 Dano suportado por terceiro	34
3.1.3 Nexo de causalidade	35
3.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	36
3.2.1 Caso fortuito ou força maior	36
3.2.2 Culpa da vítima	37
3.2.3 Culpa de terceiros	38
3.3 TEORIAS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	38
3.3.1 Teoria da culpa administrativa	39
3.3.1 Teoria do risco administrativo	40
3.3.2 Teoria do risco integral	41
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA FRENTE À INSUFICIÊNCIA DE LEITOS EM UTI NEONATAIS	43
4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO A PROTEÇÃO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA	46
4.2 SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	48
4.3 UTI NEONATAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA OMISSÃO DA PRESTAÇÃO DO FORNECIMENTO DESTA	51
5 CONCLUSÃO	56

REFERÊNCIAS.....58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a insuficiência de leitos hospitalares em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) neonatal e a responsabilidade civil do Estado por omissão, em paralelo com o princípio da dignidade da pessoa humana bem como o direito fundamental à saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é uma carta que apresenta grandes mudanças favoráveis ao avanço do Direito Brasileiro. Dentre essas, em especial no que tange aos direitos fundamentais dos cidadãos, de forma que houvesse maior garantia destes direitos. Ainda, em se tratando das mudanças positivas da Carta Magna, o direito à saúde passou por grandes mudanças, pois foi efetivamente admitido como direito fundamental ligado diretamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana e assim, fazendo parte do núcleo constitucional de cláusula pétrea, com fundamentação no artigo 6º da Constituição Federal.

A saúde pública é de extrema importância para a sociedade, ficando sob responsabilidade do Estado a prestação positiva dos serviços e informações necessárias para a efetividade desse direito. No entanto, uma parte frágil dos usuários do Sistema Único de Saúde, atualmente se deparam com a falta dos leitos em unidade de terapia intensiva para tratá-los quando em estado emergencial, é o caso dos recém-nascidos. Essa realidade da UTI neonatal vem trazendo a incerteza da efetivação por parte do Estado para com a garantia dos direitos fundamentais, necessitando assim de profunda discussão sobre o assunto.

Diante da existência deste direito positivado na Constituição Federal, como forma de garantia fundamental da dignidade da pessoa humana, e o direito à vida, uma vez não prestada a saúde pública de forma adequada àqueles que dela necessitam, surge a problemática do presente estudo, na qual questiona-se se há responsabilidade civil do Estado frente ao problema analisado? E, havendo a responsabilidade civil do Estado, esta será considerada objetiva ou subjetiva?

Dessa forma, a escolha do presente tema justifica-se pela relevância da temática, tendo em vista que Carta Magna brasileira garante a saúde pública como direito fundamental do ser humano, no entanto, o que se observa são as UTI's superlotadas e vários recém-nascidos perdendo a vida à espera de um leito adequado para o seu tratamento. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

garante o direito a proteção à vida e à saúde, isso mediante a efetivação de políticas públicas sociais que permitem o nascimento e o desenvolvimento em condições dignas de existência.

A relevância social do estudo do tema reside em demonstrar que não está se cumprindo com o que foi garantido pela CRFB/88, contudo, essa situação não condiz com a situação de um país em desenvolvimento, como o Brasil, de forma que deve ser analisado a importância da efetivação destes direitos. Nesse sentido, a importância deste tema resta demonstrada pela gravidade da omissão, tendo em vista que a mesma pode causar a morte de uma criança, e ainda, por se tratar de um ser tão frágil de modo que necessita ser representado.

Por fim, importa compreender os motivos que levam o Estado a ser omissor quanto a falta de leitos hospitalares em UTI neonatal, bem como uma fundamental análise sobre as condições destes leitos.

Têm-se como objetivo geral verificar a insuficiência de leitos hospitalares em UTI neonatal e a responsabilidade civil do Estado, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para alcançar o objetivo geral foram estabelecidos três objetivos específicos: analisar evolução histórica, o conceito e as espécies de responsabilidade civil; compreender o direito fundamental à saúde/ saúde da criança, em paralelo com atuação do SUS – Sistema Único de Saúde; averiguar o dever do Estado em reparar os danos em face de sua omissão em relação à falta de leitos hospitalares em UTI neonatal.

Os procedimentos metodológicos de pesquisa utilizados para alcançar os objetivos, será o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documentação legal.

Para cumprir com o proposto, este trabalho está organizado em três capítulos. O primeiro capítulo visa a salientar acerca da responsabilidade civil, com foco na sua contextualização histórica e seu tratamento conceitual. Abordará também acerca dos pressupostos necessários para a caracterização desta, o que dará direito à indenização/ reparação. Será apresentado também as espécies de responsabilidade civil, qual seja contratual ou extracontratual e objetiva ou subjetiva.

O segundo capítulo, versará sobre a responsabilidade civil do Estado, iniciando pelos elementos de configuração desta. Após, tratará das causas

excludentes da responsabilidade civil. Analisando também as teorias aplicáveis à responsabilidade civil do Estado.

No terceiro no terceiro capítulo, inicialmente tratará acerca da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva frente à insuficiência de leitos em UTI neonatal. Abordará também sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a proteção à vida e a saúde da criança. Após, será tratado acerca do direito fundamental à saúde e sobre Sistema Único de Saúde (SUS). E por fim, ainda neste capítulo, será analisada a UTI neonatal e a responsabilidade civil do Estado pela omissão no fornecimento desta

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que seja possível tratar da Responsabilidade Civil do Estado, faz-se necessário, inicialmente, estudar acerca dos conceitos e evolução histórica da mesma, para que seja entendido como se deu início à indenização/reparação de danos por quem o causou.

Por consequente, é de suma importância o conhecimento de seus pressupostos, pois este é o meio pelo qual se identifica a obrigação de responsabilizar alguém, e uma vez que não haja um destes pressupostos, não há que se falar em responsabilidade civil. Ademais, é indispensável a compreensão acerca dos tipos de responsabilidade, podendo ser classificada como contratual ou extracontratual, e ainda objetiva ou subjetiva.

Dessa forma, inicia-se a análise do tema pela evolução histórica da responsabilidade civil, bem como o seu conceito.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E TRATAMENTO CONCEITUAL

A responsabilidade civil tem seus indícios na cultura ocidental, na qual a mesma era utilizada como forma de obter um retorno em cima do prejuízo da vítima causado por outro agente.

Para a cultura ocidental, toda a fundamentação acerca da evolução histórica de um determinado instituto, surge através do Direito Romano, o mesmo ocorre com a Responsabilidade civil (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p. 5). De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 24):

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava então a vingança privada [...] se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do “olho por olho, dente por dente.”

Utilizava-se da pena de talião para que o agente fosse responsabilizado pela agressão, no qual dispunha que a forma a ser resolvida era “olho por olho, dente por dente.”

A responsabilidade civil era o que hoje chamamos de direito à vingança, de modo que a vítima que sofria um dano, poderia utilizar sua própria força física para buscar a justiça em face ao seu dano, e ainda obter reparação do ato lesivo, pois naquela época, o poder estatal não proibia o uso da força, este permanecia missão em relação este meio de reparação (RIZZARDO, 2014, p. 29). Do mesmo modo, Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 56), aduzem:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Após esse período movido pelo intuito de vingança, a vítima passa a verificar que obtendo benefício econômico ao invés de utilizar da pena de talião, o seu privilégio seria maior, pois havendo reação imediata do ofendido, de nada valia se o seu dano não fosse compensado de alguma forma (GONÇALVES, 2014, p. 18). Segundo lecionam Stolze; Pamplona (2014, p. 56), “em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de pena, uma importância em dinheiro ou outros bens.” Assim, começou então a haver mudanças no âmbito da responsabilidade civil.

Ocorre, então, que a população passou a perceber que o método de vingança privativa já não satisfazia mais o dano causado, ou seja, a vítima não era reparada de forma adequada, o que carecia de mudança neste método.

Posteriormente, quando o legislador possuía autoridade soberana, foi vedado que a vítima continuasse praticando a mesma agressão contra o agente, maneira pela qual não poderia mais fazer justiça com as próprias mãos. A partir de então, foi atribuída uma obrigação econômica, que antes era voluntária, de forma que todo prejuízo passou a ser cobrado (GONÇALVES, 2014, p. 25)

Entretanto, para distinguir “pena” e “reparação”, analisa-se que quando se tratava de delitos públicos, a pena econômica, por meio de pecúnia, era recolhida diretamente pelo Estado, já em se tratando de delito privado, a mesma era ligada à vítima. Assim, tem-se que o Estado fica encarregado de punir o causador do dano, e a partir disso, surgiu a ação de indenização. Dessa forma, surge então o fator

denominado como indenização, e assim, a responsabilidade civil passa a reconhecer seu lugar ao lado da responsabilidade penal (GONÇALVES, 2014, p. 25).

Dessa forma, tem-se, então, que é de suma importância o estudo da contextualização histórica, para a compreensão das mudanças ocorridas até o nosso atual conceito de responsabilidade civil.

Quando se fala em responsabilidade civil, tem-se que é uma forma que sociedade encontrou de fazer com o agente causador do dano, seja responsabilizado pelos prejuízos causados à vítima.

Em se tratando de responsabilidade, esta resulta-se de uma conduta voluntária a qual viola determinada obrigação jurídica, possuindo inúmeras espécies, de forma que todas detêm o mesmo significado (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p. 45). Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 18), afirma que *“A responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano.”* Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2014, p. 45) ensina sobre sua origem, conforme o que segue:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de duas atividades, contendo, ainda a raiz latina de *spondere*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Se uma pessoa, física ou jurídica, dolosa ou culposamente, causar dano a outrem, estará obrigada a reparar esse dano por meio de indenização. Sendo assim, a responsabilidade no âmbito do direito é um meio pelo qual se assumi as obrigações jurídicas de um determinado fato, podendo essas obrigações oscilarem, conforme interesse dos lesados (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p. 47).

A responsabilidade civil, se dá através de um dever onde a vítima encontra-se no polo ativo da ação, e quem causou determinado dano no polo passivo, onde se tem a obrigação de indenizar (COELHO, 2014, p. 588).

Assim, observa-se que a responsabilidade compreende todos os indivíduos, sem restrições, de forma que todo aquele que causar dano a outrem terá que reparar o mesmo.

Explanados a contextualização histórica e o tratamento conceitual da responsabilidade civil, passa-se a analisar os pressupostos para sua caracterização.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Salienta-se que, para que haja o dever de indenização ou reparação ao terceiro que suporta o dano, é necessário que esteja caracterizada a responsabilidade civil ao agente causador do dano.

Dessa forma, a responsabilidade civil pressupõe a existência de determinados fatores, os quais serão abordados mais profundamente neste capítulo, quais sejam: ação ou omissão, dano, culpa ou dolo, e nexo de causalidade.

2.2.1 Ação e omissão

Quando se trata de ato ilícito, este pode ser em caráter comissivo, que implica um ato de fazer, ou omissivo, qual seja o ato de não fazer, de forma que é possível então haver a responsabilidade civil tanto por uma ação, ou por uma omissão (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p. 22).

A ação ou omissão, está relacionada à atividade humana, e para que seja tenha a obrigação de reparar o dano, é necessário que esse dano seja cometido através de uma conduta humana. Sobre o assunto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2014, p. 73), leciona:

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil a ser estudado, seguindo do dano e do nexo de causalidade.

Obtendo a conduta humana, um caráter de voluntariedade, entende-se que não se trata tão somente da intenção de causar dano, mas sim de que quem lesa outrem, o faz tendo consciência daquilo que se está fazendo. Isso ocorre tanto na forma de responsabilidade subjetiva quanto objetiva, pois em ambas as situações, o responsável pelo do dano age de livre e espontânea vontade, com seu espontâneo entendimento de autodeterminação (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p. 75).

O ato ilícito está ligado a condutas que o ser humano tem, de forma que esta conduta prejudique outrem, fato que deve ser cuidadosamente analisado para

comprovar a autoria do agente. O Código Civil dispõe acerca de pressuposto da responsabilidade civil, conceituando em seu texto, o que consiste o ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No entanto, embora o Código Civil não traga expressamente a responsabilidade civil fundada no risco, este cumprirá o papel de ato ilícito, pois haverá uma conduta praticada por aquele a quem se atribui (MIRAGEM, 2015, p. 117). A responsabilidade civil não se dá somente pelo ato ilícito, ainda que sem ilicitude, de forma que se tratará da responsabilidade objetiva ou a responsabilidade pelo risco, se ainda sabendo que poderá ocorrer um dano com determinada conduta, assume-se o risco (RIZZARDO, 2014, p. 9).

Entende-se então, que a ação ou omissão é a conduta humana voluntária que produz obrigações jurídicas, onde a ação ou omissão trata-se de objeto físico, e a conduta objeto abstrato. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho, (2014, p. 38), leciona:

Uma vez que a responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator, é lógico que, para a sua configuração, ou seja, para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser *contrária ao direito, ilícita ou antijurídica*.

Vale ainda ressaltar, que é fundamental que ação ou omissão seja de plena vontade do homem, de modo que seja possível que o mesmo controle sua ação, e que ele possa escolher por outra conduta ao invés daquela causara o dano.

Em se tratando de ação, aborda-se no sentido de que é a manifestação de determinada atividade praticada pelo homem. Seguindo a mesma linha de entendimento, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 38) ensina: “A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante.”

A ação provoca obrigatoriamente acontecimentos, ou seja, resultados, embora a maioria destes resultados não têm relevância nenhuma para meio jurídico, outros já servem como pressupostos de responsabilidade civil, de forma que este tem importância direta no ramo do direito.

Para que a conduta seja considerada um pressuposto da responsabilidade civil, é necessário que a mesma possua como atributo a antijuricidade, ou seja, a contrariedade ao direito positivado (MIRAGEM, 2015, p. 117). O autor Bruno Miragem (2015, p. 125) ainda leciona: *“De modo que não apenas aquilo que viola a norma legal será considerado, mas também a violação de dever jurídico que resulta da lei, ou de outros preceitos, como do negócio jurídico ou de princípios jurídicos.”* A ação do indivíduo, portanto, deve estar diretamente ligada ao fato em tela, de modo em que, é a conduta do agente em matéria física causada à vítima.

Em relação à omissão, trata-se da inercia do agente, quando este deveria praticar algum ato em determinado momento, causando assim um dano a outrem detentor de direitos.

Tem-se que a omissão é uma pratica na qual não há manifestação da conduta humana, de modo que o agente causador, permanece inerte quando deveria agir, para que, agindo, não houvesse o dano. Para que seja possível a caracterização da responsabilidade civil por omissão, se faz necessário a existência de um dever jurídico de fazer determinado ato, ou seja, o agente não pode ficar inerte quanto a determinado fato, e ainda deve-se demonstrar que esse dano poderia ser impedido, caso houvesse ação por parte do agente (GONÇALVES, 2014, p. 59). Nesse sentido, Paulo Nader (2017, p. 103), leciona que a omissão é quando a lei exige uma ação, e o agente se mantém omissor quando ao fato. *“O agente cumpre o dever jurídico mediante conduta positiva, se omissiva, sujeita-se à responsabilidade jurídica.”*

Em suma, é necessário a existência de dois requisitos para que seja caracterizada a responsabilidade civil por omissão, qual sejam: o dever do agente de praticar o ato que omitiu, e a presunção de que se o agente praticasse o ato devido, o dano seria evitado. Assim, Fabio Ulhoa Coelho (2014, p. 321) aduz:

A exigibilidade da ação omitida verifica-se quando o omissor tinha o dever de praticá-la; a eficiência, quando a ação evitaria o dano com certeza ou grande probabilidade. Se quem se omitiu não tinha dever de agir ou se a ação seria insuficiente para evitar o dano, a omissão deve ser tida como mera condição deste.

Em suma, entende-se que a omissão assume tamanha relevância para o direito, quando o agente que se omitiu perante a determinado fato, possui o dever jurídico de agir a fim de evitar um dano, de modo que assim o torna responsável civilmente pela sua inércia.

2.2.2 Dano

Outro pressuposto indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, é o dano. Na concepção de Fabio Ulhoa Coelho (2014, p. 300), *“a ocorrência de dano é condição essencial à constituição da obrigação de indenizar.”* De forma, que não havendo dano, não há o que se falar em responsabilidade civil.

O dano encontra-se no centro da responsabilidade de reparar/indenizar, pois o dever de cumprir com a obrigação só acontece quando alguma pessoa come ato ilícito causando dano a alguém. Dessa forma, tem-se que para que haja obrigação de indenizar, não basta haver o risco do dano, ou somente a conduta ilícita pelo agente causador, mas sim, é necessário ter um dano concreto (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92).

Para Bruno Miragem (2015, p. 155), *“A noção de dano toma o sentido de perda, uma lesão a um patrimônio compreendido em sentido amplo como conjunto de bens e direitos de que seja titular a pessoa.”* Dessa forma, tem-se que dano é o resultado da violação de uma norma jurídica.

Resultando de uma conduta do agente, a caracterização do dano se dá quando torna-se perceptível em matéria física o prejuízo à vítima, de forma que se não for comprovado o dano, não tem como este ser indenizado. Bruno Miragem (2015, p. 157), leciona acerca da necessidade do dano para que haja indenização:

É condição para a constituição de obrigação de indenizar e nascimento da pretensão de indenização que o dano resulte de um fato antijurídico. É essa a relação de causa e consequência que dará origem ao dano injusto, qualidade necessária ao dano passível de indenização.

O Código Civil de 2002 aduz em seu art. 927 *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”* Ainda no mesmo artigo, no parágrafo único, o Código dispõe que *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

O dano é de fato o pressuposto central da responsabilidade civil, de forma que pode ser definido como uma lesão causada a um bem ou interesse juridicamente

tutelado, independentemente se for ele de natureza patrimonial ou moral. Segundo Bruno Miragem (2015, p. 155):

O dano concentra o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil, a ponto de muitos estudiosos sugerirem, inclusive, uma alteração da própria denominação da disciplina que concentra o universo de relações a ela atinentes, passando a se referir à existência de um direito de danos.

Em se tratando de dano, tem-se que a existência deste é pressuposto fundamental para que seja caracterizada a responsabilidade civil, pois se quem buscar o cumprimento da obrigação não houver sofrido nenhum tipo de dano, não fará jus à indenização (COELHO, 2014, p. 579).

A indenização ou reparação, está ligada diretamente ao dano provocado. Portanto, para que seja possível a indenização é necessário que haja a comprovação deste dano. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.363), “*Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator*”. Dessa forma, nota-se que para que se tenha um dever de indenização, é preciso que fique caracterizado o dano, e ainda, que esse dano resulte um fato antijurídico (MIRAGEM, 2015, p. 157).

Quando se fala de indenização, remete-se à reparação do dano causado, tentando fazer com que a vítima retome ao estado que se encontrava anteriormente ao dano sofrido. No entanto, na maioria das vezes não é possível que isso ocorra, de forma que a legislação buscou uma forma de compensar essa falta em forma de vantagem econômica (GONÇALVES, 2014, p. 241). Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 76) leciona:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Muito embora o dano tenha uma ampla definição devido à sua moderna expansão pelo direito, tem-se que este pode ser dividido em duas modalidades, quais sejam: material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial).

O dano material refere-se ao bens que integram o patrimônio da vítima, abrangendo, conforme Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 94), *“o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente.”* De modo que não se trata somente de bens corpóreos, mas aqui se inclui os bens incorpóreos. Trata-se de dano que reduz o patrimônio da vítima

Em contrapartida, o dano moral fere os direitos de personalidade de vítima, de modo que o mesmo a cause dor, constrangimento, vexame, etc., o que torna a vítima merecedora de indenização. Tais direitos de personalidade, os quais integram a modalidade do dano moral, estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”*

Assim, tem-se que a responsabilidade civil pressupõe um dano, e que ainda pequenos riscos não são levados em conta quando se trata de reparação, de modo que se a mesma for pleiteada sem que haja esse pressuposto, para o direito, não há que se falar em direito de indenização.

2.2.3 Nexo de causalidade

Ainda versando sobre os pressupostos da responsabilidade civil, nota-se o nexo de causalidade, que trata sobre a conexão entre a conduta ilícita e o dano. De forma que só responderá pelo dano, aquele quem o causou. Nas palavras de Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 151), *“somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo.”*

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 67), aborda que o nexo de causalidade *“é a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador.”* Onde deve ser analisado a relação entre os demais pressupostos para que se obtenha o pressuposto abordado.

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 61) explica que o nexo de causalidade é apenas um pressuposto da responsabilidade civil: *“Além de pressuposto, o nexo causal tem também por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar.”* Somente será indenizado e ressarcido o dano que for recorrente do ato ilícito. Ou seja, não será ampliado ao que não se encontrar no contexto do nexo de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 61).

Tem-se, então, que o nexo causal é relação entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado por terceiro. Da mesma forma, analisa-se que não haverá como o agente reparar ou indenizar a vítima se a sua conduta não for o que deu causa ao dano. Não basta, então, que o agente tenha praticado um ato ilícito por meio de uma ação ou omissão, ou ainda, somente que a vítima tenha suportado um dano, é de suma importância que tenha a relação causal entre ambas as situações.

De acordo com os ensinamento de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 49), nexo causal “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.” Através da relação causal é possível deduzir se a conduta humana do indivíduo foi o fato que originou o dano, ou não (CAVALIERI FILHO, 2014 p. 49).

Bruno Miragem (2015, p. 219) ensina de forma simples e direta o que abrange o nexo de causalidade:

Trata-se do vínculo entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima, a ser investigado pelo plano de fatos, para a identificação da causa apta a determinar a ocorrência do dano. A identificação do nexo causal não se admite que se dê como puro arbítrio do intérprete. É atividade de investigação, exigindo-se fundamento e método para devida precisão.

Sobre o nexo de causalidade, Carlos Roberto Gonçalves (2014 p. 355) aduz: “O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor”. Sendo assim, não basta que o responsável exerça uma atividade ilícita ou que a vítima sofra um dano. É necessário que haja um vínculo de causalidade entre ambos os fatos, ou seja, que tenha relação de causa e efeito (CAVALIEIRI FILHO, 2014, p. 62).

No entanto, o interprete do nexo causal enfrenta um grande problema ao analisar a existência deste, isso se dá pelo fato de haver concausas sucessivas para a ocorrência do dano, de forma que o mesmo encontra dificuldade para identificar qual destas concausas é a responsável pelos danos causados (GONÇALVES, 2014, p. 356).

Nesse viés, foi necessário a criação de teorias para a consideração do nexo de causalidade. A primeira, trata-se da teoria da equivalência dos antecedentes, a qual não faz distinção entre causa e condição, de modo que se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas possuem efeito. E a segunda, é a teoria da causalidade adequada, a qual possui a interpretação de que se várias condições

colaboram para o resultado, é apreciado qual foi a mais adequada para produzir o resultado final (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65).

Ao enfrentar desafios na interpretação deste pressuposto, o direito civil adotou a teoria da causalidade adequada, onde através desta, se deduz que nem todas as circunstâncias ocorridas contribuem para o resultado final, de modo que somente aquela à qual resultou definitivamente na lesão será considerada.

2.2.4 Culpa e dolo

A responsabilidade civil se dá tanto através de uma conduta dolosa quanto culposa. De modo que o dever de reparar o dano, pressupõe a culpa lato sensu, assim, se caracterizando por uma conduta dolosa ou culposa.

Primeiramente, quando se fala em dolo, trata-se de conduta intencional do agente em praticar um ato ilícito, ou seja, o causador do dano já tem plena consciência de que o resultado da sua ação é ilícito.

Classifica-se o dolo em dolo direto, indireto e eventual. No dolo direto, o agente pratica o ato com a intenção de alcançar o resultado final. Já no dolo indireto o agente não tem a intenção do resultado da sua conduta, porém, tem conhecimento que o mesmo é ilícito. E por fim, o dolo eventual se caracteriza quando o agente assume os riscos do resultado pois acredita que os mesmos não irão acontecer. Sobre o assunto, Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 46), leciona:

O dolo tem por elementos a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude. Representação é, em outras palavras, previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação. E assim é porque somente se quer aquilo que se representa.

O agente que age dolosamente tem consciência de que o resultado que pretende alcançar é ilícito, no entanto, age de forma contrário ao dever jurídico, ainda que seja possível agir de forma diferente.

Segundo ensinamento de Arnaldo Rizzardo (2014, p. 2), o dolo refere-se à prática voluntária de uma violação à lei. O agente atua intencionalmente no rompimento daquilo que tem-se como ordem natural do desenrolar dos atos comuns para o bom convívio humano.

Em se tratando de culpa, tem-se que o agente não possui a vontade de praticar o ato lícito, mas age com imprudência, negligência ou imperícia, e em função disso provoca um dano, o qual, mesmo que previsível, não era de sua vontade. Segundo Paulo Nader (2017, p. 139), a essência da culpa, é a previsão de fato lesivo a outrem. Em se tratando de previsão, tem-se que é a comum para as pessoas, e não somente para quem possui conhecimento aprofundado nos fatos em questão. No entanto, ainda que o agente não tivesse a intenção de produzir este resultado, o mesmo não procurou todos os meios ao seu alcance para que fosse possível evitar o dano. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 316), ensina que *“em qualquer de suas modalidades a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou em outras palavras, violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los”*.

A culpa portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, de forma que os pressupostos necessários para a caracterização da responsabilidade civil são a ação ou omissão, o dano, e o nexo de causalidade.

Assim, dolo e culpa incidem em uma conduta voluntária, praticada por meio da vontade do agente. No entanto, dolo possui caráter ilícito, pois o seu objetivo é causar um resultado contrário às normas, e a culpa inicia-se com uma conduta lícita e atinge um resultado ilícito sem a intenção do agente, praticada por imprudência, imperícia ou negligência.

Examinados os pressupostos admissíveis, passa-se agora a compreender as espécies de responsabilidade civil.

2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Tendo em vista que a responsabilidade tem como seu elemento principal a conduta voluntária a qual viola um dever jurídico, se faz necessário discorrer sobre as espécies existentes de responsabilidade civil dependendo de onde provem esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

Inicialmente, tem-se a classificação vinculada à origem deste dever jurídico, de modo que pode ser dividido em responsabilidade contratual ou extracontratual. Ainda, se faz necessário a divisão da responsabilidade civil entre objetiva e subjetiva, de modo a compreender a importância do elemento “culpa” para a sua caracterização.

2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Quem viola um dever jurídico, através do qual tem como resultado um dano a outrem, se obriga a indenizar, conforme já abordado neste capítulo. A fonte desse dever violado, pode se caracterizar por uma relação jurídica obrigacional já existente, ou seja, um dever proveniente de um contrato, ou, pode também ocorrer em função de uma obrigação imposta pela própria lei (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

Assim, havendo duas fontes para o surgimento de um dever violado, a doutrina precisou dividir a responsabilidade civil em conformidade com o meio da violação, o qual resultou em responsabilidade civil contratual e extracontratual. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 30) leciona acerca das duas modalidades de responsabilidade civil, para fins de diferenciação das mesmas:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Dessa forma, a responsabilidade contratual compreende o inadimplemento de qualquer obrigação. Já a responsabilidade extracontratual engloba, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão. Dessa forma tem-se, que se o dano acontece devido a uma infração de um dever legal, ou seja, em virtude de ato ilícito praticado pelo agente, trata-se de responsabilidade extracontratual. Entretanto, se já existia uma norma jurídica contratual que vinculava as partes do caso concreto, e o dano surge justamente por meio do descumprimento de obrigação prevista nesse contrato, trata-se de responsabilidade contratual.

Para que seja configurada a responsabilidade civil contratual, é necessário que a vítima e o agente que praticou a infração, já possuam algum vínculo entre si, de modo que a responsabilidade se dá por meio de violação de um dever de cumprir com normal contratual. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2014, p. 62) discorre:

Justamente por tal circunstância é que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto, na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que o obrigação não foi cumprida,

restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Num outro viés, em se tratando de responsabilidade extracontratual, esta ocorrerá quando o dever jurídico violado não for aquele previsto por meio de contrato, mas sim aquele que está disposto em lei ou em ordem jurídica. Nesses casos, se aplica o que aduz o artigo 186 Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”* É a responsabilidade decorrente de ilícito extracontratual. Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves, (2014, p. 44) leciona:

Na responsabilidade extracontratual, o agente viola um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Desse modo, ao se falar em responsabilidade extracontratual trata-se de um dever jurídico imposto pela lei, já em contrapartida, no que tange à responsabilidade contratual, é a violação de um dever jurídico que surge pelas partes no contrato. Assim, tem-se que tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual, existe uma infração a um dever jurídico já existente. A diferença entre elas, está no surgimento desse dever.

2.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil, decorre juridicamente de relação conflituosa do homem no que tange à convivência em sociedade. No entanto, é necessário classificar a responsabilidade civil com base na culpa relacionada ao fato antijurídico, a qual foi dividida em responsabilidade objetiva e subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 34).

Quando se trata de responsabilidade subjetiva, tem-se como regra geral, que o dever de reparação do dano só é possível quando há dolo ou culpa do agente infrator, de modo que é de responsabilidade da vítima a comprovação de todos os pressupostos do ato ilícito.

A responsabilidade civil subjetiva surge em função de dano causado em por meio de ato doloso ou culposos. Esta culpa, será caracterizada quando o agente

que praticou a infração atuar com violação de um dever jurídico, geralmente de cuidado. Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 17), leciona acerca da culpa para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Para haver responsabilidade subjetiva se faz necessário alguns requisitos, quais sejam: a violação de um dever jurídico por meio de uma conduta voluntária, a existência de dolo ou a culpa, e ainda, a relação de causalidade entre as duas primeiras. Por outro lado, na responsabilidade subjetiva, só é imputável, em se tratando de culpa, o agente que praticou o fato culposos que poderia ter sido evitado. Assim, não há responsabilidade quando o agente não tinha vontade e nem poderia prever o fato. (RIZARDO, 2014, p. 25)

Entretanto, a responsabilidade subjetiva não é plenamente capaz de satisfazer o que promove a justiça quando se trata de relações do convívio em sociedade. Visto que, há atividades do meio social que acarretam riscos para as pessoas. Dessa forma, por meio da culpa, os danos ocorridos nesse meio não resultariam em reparação ou indenização. Assim, foi necessário o estudo da responsabilidade objetiva, para assegurar o direito de reparação pelas vítimas.

A responsabilidade objetiva, como visto que não há a necessidade de culpa, é baseada na teoria do risco, a qual está assegurada pelo Código Civil no seu respectivo artigo 927 o qual dispõe: *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”* E ainda, no parágrafo único do mesmo dispositivo, aduz: *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Desse modo, para a responsabilidade objetiva, o dolo ou culpa na conduta do agente infrator torna-se é irrelevante juridicamente, tendo em vista que apenas será necessária a existência da relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente, para que assim surja o dever de reparação. Acerca do tema, Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 59), lecionam:

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. É de se ressaltar que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber a influência da Escola Positiva Penal. Em verdade, é preciso se explicitar que se pode discutir culpa em sede de responsabilidade civil objetiva. Todavia, isso somente ocorrerá se houver provocação do réu nesse sentido, suscitando, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima (o que quebraria o nexo causal) ou a culpa concorrente (que é elemento para fixação da indenização).

Em se tratando de responsabilidade objetiva, há então a responsabilidade a qual não necessita do pressuposto da conduta antijurídica, de modo que é irrelevante a existência da culpa. É a forma pela qual a obrigação de reparar o dano surge através apenas da prática ou da ocorrência do fato (RIZARDO, 2014, p. 25).

Por fim, a diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, na possibilidade de questionamento acerca da culpa, mas sim pelo fato da culpa ser um pressuposto obrigatório na responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o julgador precisa se manifestar acerca da culpa, onde em contrapartida, na responsabilidade objetiva o julgador não se preocupava em relação a este pressuposto.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, surge como fonte para indicar a responsabilidade do Estado propriamente dita, mas também da administração indireta do Estado. Isto porque, a Constituição de 1988 ao falar sobre responsabilidade objetiva, compreendeu o Estado como um dos prestadores de serviços públicos passíveis desta responsabilidade. De acordo com Paulo Nader (2017, p. 38):

Durante o século XIX, a responsabilidade civil do Estado era considerada instituto de Direito Público, especialmente matéria de Direito Constitucional e Administrativo, até que uma sentença da Corte de Cassação, da França, situou-a na esfera do Direito Civil

Anteriormente, era defendido a irresponsabilidade absoluta do Estado, de modo que entendia-se que ao Estado caberia apenas a criação e aplicação do Direito, não competia no entanto, a submissão deste às leis por ele criadas. Ao lesado pelo poder público, poderia apenas requerer a reparação em face do servidor responsável. (NADER, 2017, p. 38).

Atualmente, entende-se que a responsabilidade civil do Estado é uma obrigação jurídica legal, a qual é aplicada a indenização ou ressarcimentos dos danos provocados por outrem. Em se tratando da responsabilidade civil do Estado, conforme Sergio Cavalieri filho, (2014, p. 253), “quem responde é sempre a pessoa jurídica pública ou privada que integra a Administração Pública.” Nesse entendimento, Yussef Said Cahali (2012, p. 13) leciona:

No desenvolvimento das funções que lhe são próprias e na realização dos fins colimados, o Estado desdobra-se em organismos e órgãos, estruturando-se segundo uma aparelhagem complexa, sem prescindir, todavia, do elemento humano, da pessoa física, na execução daquelas tarefas: são seus agentes, seus funcionários, seus servidores, seus prepostos, aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal modo que os atos por estes praticados representam atos da própria entidade estatal.

A responsabilidade civil do estado, pode estar vinculada a uma conduta ativa ou omissiva da Administração, como causa do dano reclamado. De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, sem seu respectivo Art. 37, § 6º: *“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,*

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

O Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou, ou seja, quando permanece inerte em momentos que devia agir. É atribuída ao serviço estatal genericamente. Assim, conforme Yussef Shaid Cahali (2012, p. 13), as atividades próprias da Administração Pública só podem ser realizadas através de seu agentes, funcionários e servidores, de forma que os atos destes, se referem a ação da administração pública e ação do Estado.

Tradicionalmente, tal responsabilidade compreende a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de desapropriação, de requisição, de execução compulsória de medidas sanitárias; embora seja certo que, atualmente, aquela responsabilidade desfrute de maior amplitude, para compreender também os danos injustos causados por uma atividade lícita da Administração.

Assim, as atividades próprias da Administração Pública só podem ser realizadas através de seu agentes, funcionários e servidores, de forma que os atos destes, se referem a ação da administração pública e ação do Estado (CAHALI, 2012, p. 13).

Quando trata-se de Responsabilidade Civil do Estado, encontra-se diante de um tema ligado diretamente a toda população, pois quando se trata de saúde pública, estamos cuidando de um direito que abrange todos os cidadãos brasileiros, o qual deve ser tratado pelos órgãos competentes da maneira mais justa o possível. Ainda em relação à responsabilidade civil do Estado, Maria Sylvia Zanella propõe o seguinte entendimento:

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais (DI PIETRO, 2014, p.348).

Tem-se então, que quando o Estado descumpre o que foi determinado por lei, por meio de sua conduta, a punição é empregada no âmbito administrativo, jurisdicional e legislativa do Poder Estatal. Essa responsabilidade imputada ao Estado é dita como civil, onde o mesmo se sujeita ao pagamento de pecúnia, quando seus

agentes públicos praticam atos, os quais produzem danos aos administrados, de forma que o Estado fica responsável pela indenização dos destes.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 838):

Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo.

No âmbito do Direito Público, a responsabilidade civil da Administração Pública caracteriza-se na obrigação que tem o Estado de reparar os danos que seus agentes, os quais atuam em seu nome, ou seja, como agentes públicos, causarem à particulares. É a obrigação de reparar os danos patrimoniais, sendo essa reparação financeiramente.

Neste trabalho, será apresentado que o Estado é responsável pelos danos causados por seus servidores, de forma que este é responsável por tais danos, de acordo com teorias aplicáveis à responsabilidade civil do Estado.

Dessa forma, tendo em vista a responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados por seus servidores, tem-se que analisar o dever do Estado em reparar os danos em face a omissão na prestação de serviços de saúde.

3.1 ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado se traduz no dever de executar prestações destinadas a compensar danos. Para ser caracterizada a responsabilidade civil do Estado, é necessário que haja uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, o dano suportado por terceiro, e ainda a relação de nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano suportado pelo terceiro.

3.1.1 Ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado

A responsabilidade civil do Estado decorre de ações ou omissões antijurídicas. A administração atua, no âmbito de seus deveres, através de seus

órgãos, de modo que estes, por sua vez, possuem pessoas físicas para atuar em seus diversos setores ou ainda para servirem de agentes estatais. Sendo assim, a responsabilidade do Estado é sempre o resultado da atuação de uma pessoa física que pratica uma ação ou omissão em seu nome ou como seus representantes. Segundo Marçal Justen Filho, (2014, p. 1330):

A responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, seja comissiva, seja omissiva, que produza efeito danoso a terceiro. A mera consumação na órbita individual de um terceiro é insuficiente para o argumento da responsabilidade civil do Estado.

Tem-se que ao ação ou omissão é tido como fato administrativo, tanto pela má escolha do agente, quanto pela má fiscalização de sua conduta enquanto exerce a representação do Estado. Nesse sentido, Yussef Said Cahali (2014, p. 83), leciona: *“Interessa, pois, para a determinação da responsabilidade civil do Estado, encontrar-se o funcionário ou agente no exercício de uma atividade ou função pública, quando da causação do dano.”* Como aduz Silvio Rodrigues (2014, p. 18):

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

Ademais, o que se pressupõe para a vinculação da responsabilidade da responsabilidade civil do Estado com a pessoa física, é o fato de ter sido a oportunidade para a pratica do ato danoso ensejada pela sua condição de funcionário ou agente da entidade (CAHALI, 2014, p. 83).

Desse modo, o Estado tem o dever de fiscalizar todos os atos praticados por seus agentes, de forma que a má fiscalização com o resultado lesivo a outrem, será passível de responsabilização do mesmo.

3.1.2 Dano suportado por terceiro

Em caso de responsabilidade, o dano passível de ressarcimento, pode resultar de um ato doloso ou culposo praticado pelo agente público como, também,

de ato que, embora não seja culposos, caracteriza-se como injusto para o particular, de forma que este tenha seu direito lesado.

Do mesmo modo, na responsabilidade civil do Estado, não pode ser verificado o dever de reparação se não houver o evento danoso, mesmo que haja ilegalidade ou irregularidade do ato praticado, pois não produzirá responsabilidade alguma (CAHALI, 2014, p. 64). De acordo com Yussef Said Cahali (2014 p. 64):

Não basta a preterição de simples interesse econômico o Estado tem o dever de indenizar o dano decorrente tanto de ação lícita quanto ilícita. No entanto, somente por dano jurídico será impositivo esse dever, não por mero dano econômico.

Assim, no caso de suportado por terceiro em razão de dolo ou culpa do agente estatal, de deficiência ou falha do serviço público, de culpa anônima da administração, nasce a pretensão de ressarcimento para este terceiro. De forma que não há como falar em responsabilidade civil sem que a conduta cause um dano, conforme já visto anteriormente. Não importa a natureza do dano, pois é indenizável tanto o dano patrimonial, quanto o dano moral.

3.1.3 Nexos de causalidade

O último elemento para a configuração da responsabilidade civil do Estado é o nexos de causalidade entre a ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado e o dano suportado por terceiro. De modo que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo o qual sofreu, se deu por conta de uma conduta estatal, independentemente de dolo ou culpa. Paulo Nader (2017, p. 38) ensina:

Na relação entre o Estado e o lesado, adota-se a teoria objetiva, enquanto o direito de regresso pressupõe dolo ou culpa do agente. Constatado o fato, ao prejudicado cabe apenas a prova da lesão sofrida, bem como o seu nexos de causalidade com a conduta do agente.

A administração exerce sua função através de seus órgãos. Estes órgãos, são formados por pessoas físicas atuando em seus diversos setores ou para servirem de seus agentes do poder estatal. Dessa forma, a responsabilidade do Estado, está diretamente ligada ao resultado da atuação de particulares que agem em seu nome ou como seus representantes (CAHALI, 2012, p. 69).

Estabelecido o liame causal, a decorrência do dano a causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus agentes, exsurge daí o dever de indenizar.

Ademais, tem-se que a relação de causalidade que liga o resultado lesivo ao agente estatal, é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade civil deste último.

3.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No presente trabalho, se faz necessário abordar sobre as causas excludentes da responsabilidade civil, que se trata de causas que podem descartar a possibilidade de indenização ou reparação à vítima.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2014, p. 157), tratam das causas excludentes de responsabilidade civil, como sendo “circunstancias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.”

3.2.1 Caso fortuito ou força maior

Outro causa que exclui a responsabilidade civil é enquadrada como fortuito ou força maior, onde sua principal característica é a inevitabilidade. As causas supracitadas são consideradas excludentes da responsabilidade civil, pois excluem a relação entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima (GONÇALVES, 2014, p. 479). Carlos Roberto Gonçalves, (2014, p. 480) ainda aborda sobre a diferença entre caso fortuito e força maior: “O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundações, terremoto.”

De acordo com Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 71): “A *imprevisibilidade*, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *irresistibilidade* o é da força maior.” E ainda: “O caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento.”

O Código Civil, em seu artigo 393, dispõe acerca desta excludente de responsabilidade civil: *“O devedor não reponde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”*

3.2.2 Culpa da vítima

A culpa exclusiva da vítima, é mais uma das causas de excludente da responsabilidade civil, a qual havendo culpa da vítima, não haverá o nexo causal. Assim se houver culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em responsabilidade do agente, visto que deixará de existir o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Ou seja, quando a vítima for a única culpada pelo dano, o agente será apenas o instrumento do acidente. (GONÇALVES, 2014, p. 469)

Conforme Sergio Cavalieri filho (2014, p. 69), *“o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.”* Sobre a culpa exclusiva da vítima, o Código Civil traz expressamente que a obrigação será em conformidade com a sua culpa.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Entretanto, é possível também que haja concorrência de culpa, responsabilizando tanto o agente quanto a vítima. Nesse caso, a indenização será proporcional, de acordo o grau de culpa de cada parte. (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p.172).

A culpa exclusiva da vítima não pode ser presumida, deverá sempre ser provada, e, por consequente, quando comprovada, gera a inexistência da responsabilidade civil pela quebra do nexo de causalidade. Tem-se então, que, quando a vítima é a única culpada pelo dano, não há responsabilidade civil, e quando esta for concorrente para o resultado danoso, a responsabilidade será proporcional.

3.2.3 Culpa de terceiros

Por fim, temos o fato de terceiro também enquadrado como excludente de responsabilidade civil, de forma pela qual pode-se eximir o causador do dano da obrigação de indenizar.

O Código Civil, também aduz sobre o fato de terceiro: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.” Ainda no Código Civil, no mesmo artigo, em seu parágrafo único dispõe: “Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” Assim, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 472) leciona acerca da dificuldade entrada pelo judiciário para comprovar o fato de terceiro:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é causa exclusiva de prejuízo, não desaparece a relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável.

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 70), ensina que o fato de terceiro somente excluirá a responsabilidade civil quando apenas o terceiro causou o resultado final, e ainda extinguir o nexo causal entre o indivíduo e o dano causado.

Assim, estudado acerca das causas excludentes de responsabilidade civil, se faz necessário abordar sobre a caracterização de responsabilidade. Passa-se então, a abordar sobre as terias aplicáveis à responsabilidade civil do Estado.

3.3 TEORIAS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Cabe inicialmente trazer ao presente trabalho, que se faz necessário alguns requisitos para que o Poder Público responda civilmente por um fato ocorrido no âmbito da Administração Pública. Conforme leciona Paulo Nader, (2017, p. 393), para que se caracterize a reponsabilidade civil do Estado, a conduta danosa, comissiva ou omissiva, deve ser praticada por funcionário ou preposto de pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos. Ainda, o agente, ao cometer o ato ilegal, exige-se que seja feito no exercício da função pública e fora deste, agindo conforme seus interesses pessoais. Nesse caso, é indiferente, para a

responsabilidade civil do Estado, que tenha o seu agente atuado ou não com dolo ou culpa, tendo em vista que sua responsabilidade é objetiva.

Ainda em conformidade com Paulo Nader, (2017, p. 393) “o nosso ordenamento consagra o princípio do risco administrativo. Como os ilícitos em geral, os da Administração Pública comportam também excludentes de responsabilidade.” Desse modo, entende-se que é necessário a análise do ato ilícito para averiguação da responsabilidade civil.

3.3.1 Teoria da culpa administrativa

Conforme essa teoria, o Estado responde diferentemente de seu agente. De modo que enquanto o agente será responsabilizado pelo dolo ou culpa, o Estado responderá sempre que não prestar o serviço público de maneira devida.

Tem-se que a reponsabilidade civil do Estado ocorre sempre que o serviço público não seja prestado pelo Estado, quando este, por lei esteja obrigado a prestá-lo, ou ainda quando o serviço seja oferecido de maneira ineficiente (STACOLINO; TRINDADE, 2016, p. 853).

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016, p. 915), “a teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade; objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais.”

De acordo com a teoria da culpa administrativa, o dever do Estado de reparar ou indenizar o dano suportado pelo particular, apenas será configurada se for comprovada a existência de uma falha na prestação de um serviço público. Trata-se de analisar a prestação irregular de um serviço público, ou a falta dele, a qual era obrigatório, e pela falta ou defeito, acarretou em dano a particulares.

Subjacente está a ideia de que somente o dano decorrente de irregularidade na execução da atividade administrativa ensejaria indenização ao particular, ou seja, exige-se também uma espécie de culpa, mas não a culpa subjetiva do agente, e sem uma culpa especial da administração pública à qual se convencional chamar culpa administrativa ou culpa anônima. Muito embora a configuração, no caso concreto, da culpa administrativa deva ser verificada por meio de uma análise objetiva, o fato de ser exigida a caracterização de uma espécie de culpa leva a responsabilidade extracontratual fundada na teoria da culpa administrativa a ser classificada pela doutrina como uma responsabilidade do tipo subjetiva (ALEXANDRINO, PAULO, 2016, p. 915).

A culpa administrativa pode decorrer de distintas formas de falta de serviço, falta do serviço, seja pela inexistência do serviço, pelo mau funcionamento do serviço ou ainda pelo retardamento do serviço. Para a caracterização da responsabilidade civil do Estado, e por consequente, fazer jus à indenização, o particular lesado, deverá comprovar a falta de serviço do estado, e o nexo de causalidade entre ela e o dano sofrido.

3.3.1 Teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo defende que o Estado, ao causar dano ao particular, terá a obrigação de indenizar/ reparar o dano causado, bastando apenas que haja o dano proveniente da administração pública.

A Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, na modalidade do risco administrativo. Assim, se comprovada que houve culpa parcial e concorrente da vítima, a responsabilidade do Estado será atenuada, e ainda, se foi provada a culpa exclusiva da vítima, essa responsabilidade será excluída. Não foi adotada, assim, a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral, que obrigaria sempre a indenizar, sem qualquer excludente (GONÇALVES, 2014, p. 126).

Esta teoria consiste em responsabilizar o Estado somente pelo risco criado decorrente da atividade administrativa. O que significa que a lesão sofrida pelo particular será ressarcida, mas antes, deve-se analisar o nexo de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo lesado. Ou seja, se o agente agindo em nome da administração pública não deu causa ao dano causado ao particular, o Poder Público não será responsabilizado.

Por fim, tem-se que, segundo a teoria do risco administrativo, a obrigação do Estado em reparar o dano suportado pelo particular se caracteriza independentemente da existência de falta do serviço ou ainda de culpa do agente público. É necessário, apenas, que haja o dano.

Tratado então, acerca do risco administrativo, o qual se fez entender, que é aquele que não necessita de dolo ou culpa, se faz necessário ainda, abordar sobre a teoria do risco integral.

3.3.2 Teoria do risco integral

Outra teoria aplicável à responsabilidade civil do Estado, é a chamada teoria do risco integral. Segundo Nehemias Domingos de Melo, (2012, p. 35), a teoria do risco integral *“é a mais extremada, pois não comporta discutir a existência de excludentes, sendo que o agente será responsabilizado sempre que ocorrer prejuízo, independentemente de sua participação na atividade geradora do dano.”* Através dessa teoria, não se exclui o dever do Estado de indenizar, mesmo quando tratar de caso fortuito ou força maior, ou até mesmo quando for culpa exclusiva da vítima. Essa teoria, tendo vista ser tão rígida, se dá por quando tratar-se de situações em que a indenização tem mais um caráter de seguro social antes mesmo de entrar no caráter de responsabilidade civil (MELO, 2012, p. 35). Acerca da teoria do risco integral, Sergio Cavalieri Filho, (2014, p. 283) leciona:

Lembre-se, todavia, que, qualquer que seja o rótulo ou qualificação que se dê à teoria que justifica o dever de indenizar do Estado, não poderá ser ele responsabilizado quando não existir relação de causalidade entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular.

Analisa-se então, que a teoria do risco integral ocorre somente em virtude da necessidade de amplificação dos riscos, como ocorre nos casos dos seguros sociais, ou em atividades a qual o interesse da coletividade se sobrepõe aos interesses individuais. Para a teoria do risco integral, basta apenas a existência do evento danoso e do nexos causal para que apareça a obrigação de reparar o dano por parte do Estado, ainda que este se originou de culpa exclusiva do particular.

De acordo com esta teoria, o Estado deve suportar todos os riscos de prestar as suas atividades administrativas, de modo que não será cabível nenhuma hipótese de exclusão da responsabilidade civil do Estado. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 126), o entendimento é de que as regras constitucionais adotaram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, o que não significa que essa responsabilidade ocorra em qualquer circunstância, mas sim, entende-se que pode ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior, tratando a responsabilidade subjetiva do Estado.

Por fim, vale ressaltar, que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral. A distinção encontra-se em razão de não responsabilizar o Estado em casos em que o dano não decorra da atividade administrativa.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA FRENTE À INSUFICIÊNCIA DE LEITOS EM UTI NEONATAIS

A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva surge quando o Estado possuía o dever legal de agir em determinados casos, porém se omitiu, causando dano a alguém. O Estado poderia e deveria agir, mas deixou de cumprir com sua obrigação, assim, decorrente disso, surge, por meio de sua omissão, um dano para o administrado. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, (2014, p. 1034) leciona que:

“A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. É responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não-individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute du service* dos franceses, entre nós traduzida por ‘falta do serviço’”

Inicialmente, vale trazer ao presente capítulo, o tratamento conceitual de responsabilidade objetiva e subjetiva, de forma que, ao final, reste claro e objetivo os motivos pelos quais tornam o Estado responsável civilmente pelos prejuízos causados por seus servidores.

A priori, a noção de culpa está profundamente relacionada à responsabilidade, e devido a isso, ninguém deverá ser repreendido ou obter juízo de reprovação sem que deixe de cumprir com o dever de cuidado em suas ações. Assim, tem-se a culpa como principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Sobre isto, Carlos Roberto Gonçalves, (2014, p. 88), leciona o que segue:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Quando fala-se em responsabilidade subjetiva, via de regra, em nosso ordenamento, o dever de reparação está ligado diretamente ao dolo ou a culpa do agente que causou o dano. Assim, se o dano foi causado unicamente pela vítima, incabível o dever de reparação por terceiro.

Tem-se que a responsabilidade civil subjetiva é aquela que surge por com um dano ocorrido por meio de conduta, seja ela dolosa ou culposa, a qual se

concretiza com o dever jurídico violado por aquele que causou o dano, conforme está disposto no art. 186 do Código Civil de 2002. Assim, via de regra, a obrigação de reparar o dano causado é decorrente do ato ilícito. (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 862).

Bruno Miragem (2015, p. 101), explica que na responsabilidade subjetiva *“a imputação da sanção do agente depende da identificação em sua conduta concreta que dá causa ao resultado antijurídico, de culpa e dolo.”* Segundo ensinamento de Paulo Nader (2017, p.57),

A responsabilidade subjetiva não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Há atividades no mundo dos negócios que implicam riscos para a incolumidade física e patrimonial das pessoas. Com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para a salvaguarda das vítimas.

Nesse sentido, é visto que a responsabilidade subjetiva é aplicada como regra geral pelo atual ordenamento jurídico. De forma que torna-se necessário que seja comprovado a culpa do agente causador do dano, para que assim seja o mesmo seja responsável civilmente pelo prejuízo causado.

No entanto, conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, (2014, p. 862), *“há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém alguma tipo de relação jurídica.”* Aqui, tem-se que o elemento culpa não é ignorado, mas sim estimado, em razão do dever geral de vigilância a qual está obrigado o agente.

Num outro viés, há hipóteses em que não se tem como necessária a caracterização da culpa, trata-se de responsabilidade civil objetiva. Conforme essa modalidade de responsabilidade civil, o dolo ou a culpa, torna-se irrelevante na apuração da obrigação, de forma que somente será necessária que haja nexo causal entre o dano e a conduta praticada pelo agente causador do prejuízo. Assim, havendo, existirá o dever de indenização pelo mesmo. Nesse sentido, conforme leciona com Carlos Roberto Gonçalves, (2014, p. 41):

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina *objetiva* a responsabilidade que *independe de culpa*. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo

no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida. Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Quando se trata de responsabilidade objetiva, tem-se que é a obrigação de reparação do dano, causado por um agente de forma lícita ou ilícita, ou seja, independe da evidência de culpa pelo mesmo.

Bruno Miragem, (2015, p. 104) ensina que “Originalmente, as situações nas quais as leis passou a prever a imputação do dever de indenizar objetiva, independentemente de culpa, eram escassas.” No entanto, esta estimativa tem tendência a aumentar, de acordo com o lecionador.

Conforme entendimento de GONÇALVES (2014, p. 59), *“nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco”*.

A responsabilidade objetiva, preocupa-se apenas com a comprovação do fato e do dano causado pelo agente, de forma que ignora o elemento culpa como elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

No entanto, mesmo que a culpa é torna-se elemento irrelevante, de acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2014, 863), *“é preciso se explicitar que se pode discutir culpa em sede de responsabilidade civil objetiva. Todavia, isso somente ocorrerá se houver provocação do réu nesse sentido.”* Isso ocorrerá em casos onde o nexos causal se romperia, como é o caso da culpa exclusiva da vítima, e até mesmo quando se tratar de culpa concorrente, de forma que a indenização se fixaria conforme o grau de culpabilidade (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 864).

Quando se trata de responsabilidade subjetiva e objetiva nota-se um fato em comum, qual seja a ocorrência do dano e o nexos de causal entre a conduta do agente e as consequências causadas à vítima. A diferença, então, está relacionada à obrigatoriedade, ou não, da existência do elemento culpa como ônus de prova.

Assim, quando se trata do Estado, a responsabilidade objetiva é instituída no risco administrativo sempre que o dano for praticado por agente público no exercício da sua função, quando houver, necessariamente, nexos de causalidade entre o ato e dano. No entanto, para a responsabilidade subjetiva quando o dano não for

causado pelos servidores do Estado e sim por fenômenos da natureza, que tratam de caso fortuito ou força maior, ou quando o dano ocorreu por culpa da própria vítima ou de terceiros, o Estado não será responsável por estes fatos de forma objetiva, tendo em vista que não foi o mesmo que causou tais prejuízos, será responsável, entretanto, subjetivamente, como ocorre em casos de omissão pelo Estado.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO A PROTEÇÃO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA

O princípio da dignidade da pessoa humana deve compreender de forma direta na defesa do direito à vida e à saúde, pois ambos devem estar sempre presente para a boa condição de vida do ser humano, de modo que à todos os indivíduos deve ser assegurado com total prioridade a observação e cumprimento de tais direitos. Segundo os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, (2015, p. 19):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Através da positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, torna-se reconhecida pela sociedade a sua extrema importância de modo que passa a ser considerados garantia fundamentais ao ser humano. Os direitos fundamentais, então, através do resultado da personalização e ainda do seu reconhecimento perante a legislação, por meio de seus valores básicos, passam a integrar o grupo dos princípios (SARLET, 2015, p. 54).

Os direitos fundamentais ainda possui como função através da existência de um dever de efetivação esperado do Estado, o reconhecimento do dever de proteção do Estado. De modo que cabe a este, cuidar da proteção e efetivação dos direitos fundamentais não apenas contra ações ou omissão da Administração Pública, mas também contra agressões provenientes de particulares e ainda de outros

Estados. O Estado tem obrigação de implantar medidas eficazes independente da natureza, de forma que se tenha como objetivo a proteção dos direitos fundamentais. Assim, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 128):

No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – aos direitos fundamentais à vida e à integridade física (saúde), assim como à proteção ao meio ambiente, tendo sido desenvolvidos com base no art. 2º, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos. Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição, será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.

Considerando que os deveres de proteção atribuídos ao Estado na maioria das vezes, se caracterizam por meio de legislações as quais dispõe sobre o procedimento administrativo ou judicial, e ainda, pela da criação de órgãos específicos (SARLET, 2015, p. 130).

Da mesma forma que é dever do Estado à proteção da dignidade da pessoa humana, também se acrescenta à esse rol de proteção, a criança e o adolescente, pois os mesmo se encontram em desenvolvimento, sendo necessário uma atenção mais rigorosa em relação à sua condição de pessoa humana, sedo assim, é dever de todos, inclusive, do Estado, proteger a criança de qualquer ofensa ou ato contra sua dignidade. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 aduz:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abordam os direitos fundamentais pelo direito à vida e à saúde da criança e do adolescente. Assim, o artigo 7º do ECA, dispõe: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Pela legislação vigente, Estatuto da Criança e do Adolescente, não basta darmos ao menor o direito à vida, pois ainda é necessário que a vida da criança seja rica em saúde, para que assim possa contemplá-la da melhor forma, e por isso, o

artigo 7º do ECA destacou obrigações atribuídas ao poder público, via Sistema Único de Saúde (SUS), para que seja garantido o direito à saúde do menor. De acordo com o ECA, as crianças e os adolescentes sempre terão direito à assistência e auxílio. Ainda, farão jus ao direito a atendimento preferencial pelos serviços públicos.

Além de garantir a vida e a saúde à criança e ao adolescente, o ECA em seu artigo 7º, ainda impõe ao Estado a obrigação de prestar serviços e programas de assistência pré-natal e pós-natal. E ainda, aduz que não basta que a criança e adolescente tenham vida e saúde, se não usufruir desses dois direitos de forma digna e humana.

Por fim, é importante ressaltar novamente que o dever de velar pela dignidade da criança não se limita aos pais e aos responsáveis legais, pois também é de qualquer pessoa que tenha conhecimento de algum abuso ou desrespeito à dignidade da criança, de forma que tal violação deve ser comunicado ao Ministério Público, pois este tem a obrigação legal intervir através de medidas judiciais e extrajudiciais necessárias para a defesa do menor, conforme informações prestadas pelo Ministério da Saúde.

4.2 SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Ao iniciar o presente estudo acerca do direito fundamental à saúde, importante situar o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a qual trata sobre os direitos sociais, a fim de especificar quais seriam tais direitos assegurados pela ordem constitucional vigente.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Vale ressaltar que a saúde está diretamente ligada ao desenvolvimento social e econômico do país, pois se considera que os indivíduos saudáveis são capazes de trabalhar, estudar, tomar decisões políticas, enfim, a saúde é essencial para que o cidadão possa exercer as suas atividades cotidianas, de forma que quando há ausência de atendimento médico e atenção e saúde, seja por meio do sistema de saúde particular ou público, há prejuízo ao cidadão.

Ainda conforme a Constituição Federal, em seu artigo 196, “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”, de forma que esse direito é garantido mediante políticas sociais e econômicas, visando a redução do risco de doença e de outros agravos.

Tem-se que a Constituição Federal de 1988, visa por meio da intervenção estatal, garantir o direito universal à saúde, conforme determina o artigo 194 do texto constitucional:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988)

Analisa-se o direito fundamental à saúde como regra geral, de modo que é direito de todos tê-la, e ainda, é dever do Estado oferecê-la de maneira digna e eficaz. Aqui, se faz necessário compreender o conceito de saúde, de forma que assim seja possível a compreensão desse direito que é de suma importância para todos. Nesse sentido, a Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 1946, diz que “*a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.*”

A OMS ainda garante a saúde como direito fundamental de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político, condição econômica ou social. Cabe aos governos a responsabilidade pela saúde de seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

O Sistema Único de Saúde, foi criado no Brasil em 1988 com a promulgação da nova Constituição Federal. Este, tornou o acesso à saúde um direito de todo cidadão (PORTAL BRASIL, 2009). No entanto, apenas em 1990, através da Lei nº, 8.080, que aduz acerca dos meios para “*a promoção, proteção e recuperação*

da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” (BRASIL, 1990) foi regulamentado o Sistema Único de Saúde, trazendo os princípios, diretrizes, competência, meios de organização, direção e gestão, entre outros aspectos fundamentais para o funcionamento do sistema de saúde pública do país.

O SUS, faz parte das políticas públicas necessárias para a garantia da saúde, a qual é garantida pela Constituição Federal, conforme já abordado anteriormente. De modo que se faz necessário para garantir e assegurar a saúde pública. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe acerca dos serviços públicos de saúde:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

- I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);
- II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;
- III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

- I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;
- II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;
- III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;
- IV - (revogado).

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Ainda em conformidade com a CFRB/1988, tem-se em seu artigo 200 as competências do SUS, dentre as quais se pode citar principalmente: controlar e fiscalizar procedimentos, equipamentos; fiscalizar e inspecionar alimentos; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988). Ainda em conformidade com o Ministério da Saúde:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros.

Ademais, tem-se então que o Sistema Único de Saúde é fundamental para todos os indivíduos, de forma que sem o mesmo não é possível assegurar a garantia de uma saúde digna à população.

4.3 UTI NEONATAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA OMISSÃO DA PRESTAÇÃO DO FORNECIMENTO DESTA

Quando se trata da responsabilização do Estado em face da omissão, se está diante de uma situação a qual não há a prestação do serviço ou esse serviço é prestado com qualidade inferior àquela que deveria ser oferecida,

Ao tratar da responsabilidade por omissão tem-se a responsabilidade por comportamento ilícito. Ainda, pressupõe a existência de dolo ou culpa, sendo assim, sua modalidade subjetiva. Aqui, trata-se de culpa que não é individualizada, ou seja, não é atribuída a uma única pessoa, mas sim ao poder estatal, pois quem gerou o dano ao particular estava agindo em nome da administração pública (MELLO, 2009, p. 628).

Nesse sentido, tratando do poder da administração pública, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 527), aduz acerca hipótese de responsabilidade civil do Estado por atos de terceiros:

Conquanto fora do âmbito do art. 37, § 6º, da CF, há legislação pela qual a União assume a responsabilidade civil perante terceiros, na hipótese de danos a bens e pessoas provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos assemelhados, ocorridos no país ou no estrangeiro, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte público. É o objeto da Lei nº 10.744, de 9.10.2003, mais abrangente, portanto, que o citado preceito constitucional.

A partir do momento que o Estado propõe ao seu servidor a realização de determinada atividade administrativa, assume o risco pela sua execução e ainda, responde civilmente pelos danos que esse agente possa causar ao particular (MEIRELLES, 2014, p. 561).

Conforme leciona Maria Sylvia Di Pietro, (2014, p. 727): *“Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva.”* Segundo a autora, para alguns a norma é a mesma independente se o caso tratar de conduta e a omissão do Estado.

No entanto, para outros, quando se tratar da omissão estatal, deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva. Di Pietro (2014, p. 727) ainda explica que: *“Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar.”* De acordo com o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, (2016, p. 925):

Assim, na hipótese de danos advindos de omissões estatais, a regra geral será a sujeição do poder público a uma modalidade subjetiva de responsabilidade civil em que a pessoa que sofreu a lesão deverá provar (o ônus da prova é dela) a falta ou a deficiência de um serviço público a cuja prestação o Estado estava obrigado e demonstrar a existência de um efetivo nexo de causalidade entre o dano por ela sofrido e a omissão havida.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 937), a responsabilidade do Estado por omissão é trata-se sempre de responsabilidade por comportamento ilícito. E assim, esta é obrigatoriamente responsabilidade subjetiva,

pois a conduta ilícita do Estado sempre será configurada pela de negligência, imprudência ou imperícia.

Assim, analisa-se que a doutrina majoritária afirma que a responsabilidade civil do Estado por omissão, é prevista na modalidade subjetiva. Apesar de ainda, a minoria dos doutrinadores entender pela responsabilidade objetiva.

Nesse liame, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 977), leciona: “*Se o Estado não agiu, não pode ser ele, logicamente, o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano*”.

Tem-se ainda, que o particular que suportou o dano não precisa comprovar que a falta do serviço público ocorrem em função da omissão culposa provocada por determinado agente público. É necessário apenas que o particular demonstre que o serviço público precisava ter sido prestado e que foi a falta deste serviço ou a má qualidade deste, que resultou na ocorrência do dano (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 229).

Na omissão do Estado os danos são causados por agentes que atuam em seu nome. De tal forma, esses danos poderiam ter sido evitados ou até mesmo serem menos ofensivos se o Estado, possuindo o dever de agir, assim o fizesse, não permanecendo omissos. Assim, para a responsabilidade por omissão, é necessário que haja o dever de agir por parte do Estado para que assim, o dano seja evitado. Analisa-se então, que a culpa está concretizada na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade em caso de omissão pelo agente público que tinha a obrigação de agir e não agiu, sem que para essa omissão exista um motivo. Frente a este assunto, Diógenes Gasparini (2012, p. 634), leciona:

Em suma, o Estado responde, hoje, subjetivamente, com base no art.15 do Código Civil, pelos danos advindos de atos omissivos se lhe cabia agir [responsabilidade determinada pela teoria da culpa do serviço] e responde objetivamente, com fulcro no art. 37, §6º da CF, por danos causados a terceiros, decorrentes de comportamentos lícitos, enquanto o seu agente causador direto do dano responde, sempre, subjetivamente.

Quando se trata de danos causados pela Administração Pública por meio da omissão é necessário ainda, fazer a distinção entre a omissão específica da omissão genérica. Ao falar de omissão genérica, pode-se dizer que é aquela a qual o Estado não tem como evitar o dano sofrido. Já ao mencionar a omissão específica, tem-se que é quando o Estado tem o dever de evitar a ocorrência do dano. Nesse

sentido Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 169) leciona: *“Quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente.”*

Assim, tem-se que a omissão genérica é aquela a qual não decorreu de inércia do Estado, como por exemplo, não há como responsabilizá-lo por um atropelamento ocasionado por um motorista embriagado, ao fato de este foi o único motivo do dano, e aqui não há responsabilidade civil do Estado, pois não há culpa ou dolo por parte deste. Porém, se no exemplo citado, o motorista houvesse passado por uma blitz policial antes de acontecer o atropelamento e não foi averiguado pelos policiais o estado de embriaguez do motorista, haveria sim a responsabilidade civil do Estado, a qual trata da omissão específica. Esta última, ocorre quando a inércia do poder administrativo é causa do dano que deveria ser evitado pela obrigação de agir do Estado.

Desse modo, tem-se que para a caracterização da responsabilidade civil por omissão do Estado, é necessário que haja um dever legal de agir por parte da entidade estatal, e ao invés desta cumprir com seu dever, permanece omissa.

Neste ponto, para tratar sobre a responsabilidade civil do Estado pela insuficiência de leitos em UTI neonatal, se faz necessário conceituar a sigla UTI, e sobre isso, encontramos num dicionário comum o seguinte: *“Sigla de Unidade de Terapia Intensiva. Utilizada no âmbito médico e diz respeito ao local onde ficam os pacientes que necessitam de terapia intensiva.”* Sendo assim, tem-se que a UTI neonatal é um espaço reservado exclusivamente para o tratamento de prematuros e ainda, de bebês que demonstrem algum tipo de problema quando de seu nascimento.

Assim, nesse sentido, o Ministério da Saúde leciona, que *a “UTI neonatal é um espaço reservado para tratamento de prematuros e de bebês que apresentam algum tipo de problema ao nascer. No entanto, nem sempre os bebês que são internados nas UTI’s neonatais estão doentes.”* Assim, resta claro que a UTI neonatal é indispensável para o bom funcionamento da saúde pública, e para a garantia do direito da criança, de modo que na falta da mesma, resta omissa o Estado, pois como já abordado, o mesmo é responsável em assegurar esse direito.

A UTI Neonatal, geralmente fica localizada em uma maternidade que tem capacidade de dar o suporte adequado para as gestações de risco, de modo que uma

equipe adequada ao caso prestará todo o apoio necessário ao médico durante o atendimento dos recém-nascidos.

No que tange aos de leitos de UTI Neonatais, Barbosa (2004) ressalta alguns obstáculos que dificultam ou até mesmo inviabilizam o fornecimento do serviço. É possível elencar a falta de planejamento estratégico adequado, a ausência de igualdade na distribuição de leitos, e falta de informações verídicas sobre o sistema bem como a fiscalização precária da Administração Pública. Ademais, vale ressaltar que no Brasil inexistente sistema legislativo exclusivo para tratar acerca da assistência em leitos de UTI Neonatais.

Acerca da omissão do Estado, no que tange ao fornecimento de leitos em UTI neonatal, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 1034), leciona:

Com efeito, nos casos de “falta de serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremante frágil ou até mesmo desprotegida ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado.

Assim, em caso da responsabilização do Estado pelos danos causados ao particular, no qual resta é notavelmente mais difícil ao lesado apresentar as provas comprobatórias da culpa do poder público, impondo à norma a devida responsabilização do Estado, a qual ocorrerá analisando efetivamente a presunção o quanto de culpa teve Poder Público, resta justo, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.

Por fim, nos casos de insuficiência de leitos em UTI neonatal, tem-se então, que há, de fato, a responsabilidade civil do Estado por omissão, tendo em vista que havia um dever de agir por parte deste, de modo que havendo a ação, o dano seria evitado, e ainda, trata-se de omissão específica, justamente por haver a obrigação de ação pelo Estado. E, pela afirmação da doutrina majoritária, a responsabilidade do Estado é subjetiva nos casos de omissão.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se apresentar acerca da responsabilidade civil, aprofundando na responsabilidade civil do Estado, a fim de obter uma resposta no que tange a insuficiência de leitos em UTI Neonatal e a responsabilidade civil do Estado.

Restou demonstrado através deste trabalho, que conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o direito à saúde passou a ser considerado um direito social fundamental, sendo elencado ainda como cláusula pétrea e garantido a todos os cidadãos o fornecimento destes serviços pelo Estado.

Assim, inicialmente questionou-se acerca da responsabilidade civil do Estado no que tange ao direito à saúde positivado pela Constituição Federal, como forma de garantia fundamental da dignidade da pessoa humana, e o direito à vida. Analisou-se a responsabilidade civil do Estado em face da não prestação de serviços de leitos em UTI neonatal, devendo assim, reparar monetariamente pelos danos causados por sua omissão. No entanto, para que a responsabilidade do Estado seja caracterizada, é necessário alguns pressupostos, quais sejam, a ação antijurídica, o dano suportado por terceiro, e ainda o nexo de causalidade entre os dois primeiros.

Desse modo, ao desenrolar deste trabalho, foi analisado a responsabilidade civil do Estado em face da não prestação de serviços de leitos em UTI neonatal. Devendo o Estado reparar os danos causados pela omissão e indenizando as vítimas pela má prestação de serviços. No entanto, para que a caracterizada tal responsabilidade, é necessário alguns pressupostos, quais sejam, a ação antijurídica, o dano suportado por terceiro, e ainda o nexo de causalidade entre os dois primeiros.

Ainda, concluiu-se que poderá ser excluída a responsabilidade da administração pública, quando fato ocorrer por caso fortuito ou força maior, quando a culpa foi exclusiva da vítima, ou se a culpa for de terceiros.

Restou aplainado no presente trabalho, que há conflitos para a caracterização da espécie de responsabilidade civil a qual enquadra-se a responsabilidade civil do Estado por omissão, se objetiva ou subjetiva. Embora sutil diferença, tanto uma quanto outra configurar-se-á indenização por parte do Estado. Todavia, a maioria da doutrina entende que seja subjetiva, ou seja, existe a

necessidade de haver dolo ou culpa para sua configuração e consequente o dever estatal de indenização e/ou reparação.

Ademais, analisa-se que através dos meios de comunicações, tem-se corriqueiramente, a enorme escala de óbitos de recém-nascidos, provenientes da insuficiência de leitos em UTI's, provocados pela má prestação do Estado em oferecer profissionais qualificados e equipamentos necessários, como forma de garantia à saúde. Dessa forma, não é considerado correto que aqueles que possuem os seus direitos garantidos pela Constituição da República se submetam somente à omissão do Poder Público. Até mesmo por que, a saúde não é um bem que possa aguardar a disponibilidade eventual do Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2016.

BARBOSA, Arnaldo Prata. **Terapia intensiva neonatal e pediátrica no Brasil: o ideal, o real e o possível**. J. Pediatr. (Rio J.), Porto Alegre, v. 80, n. 6, p. 437-438, dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572004000800002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**: Institui o Código Civil.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da Culpa de do Risco**: como fundamento da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 13. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STACOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.